

# REVISTA SÍNTESE DE DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL

Ano II – Nº 7 – Abr-Mai 2001

## Repositório Autorizado de Jurisprudência

- Superior Tribunal de Justiça – Nº 50/2001
- Tribunal Regional Federal da 1ª Região – Nº 18/2001

### Diretor

Luiz Antonio C. Paixão

### Editor-Chefe

Walter Diab

### Co-Editor

Jader Marques

### Conselho Editorial

Fernando da Costa Tourinho Filho

José Francisco Oliosí da Silveira

José Henrique Pierangeli

Julio Fabbrini Mirabete

Luiz Vicente Cernicchiaro

René Ariel Dotti

### Conselho de Colaboradores

Ada Pellegrini Grinover, Carlos Ernani Constantino, Geraldo Batista de Siqueira,  
Lenio Luiz Streck, Nílzardo Carneiro Leão, Sérgio Demoro Hamilton

### Colaboradores

Adhemar Ferreira Maciel, Américo Bedê Freire Júnior, Andrei Zenkner Schmidt, Antonio José M. Feu Rosa, Antônio de Pádua Ribeiro,  
Aury Celso L. Lopes Júnior, Arnaldo Siqueira de Lima, Benedito Torres Neto, Carlos Alberto Goulart Ferreira,  
Carlos Roberto Faleiros Diniz, Carlos Henrique Gasparotto, Carlos Velloso, Celso Ribeiro Bastos, Clito Fornaciari Jr.,  
Cristiano Chaves de Farias, Dani Rudnicki, Daniel Carnio Costa, Damásio E. de Jesus, Demóstenes Lázaro Xavier Torres,  
Edson Alfredo Smaniotto, Elício de Creci Sobrinho, Élio Morselli, Eneida Orbage de Britto Taquary, Fernando da Costa Tourinho Filho,  
Geraldo Batista de Siqueira, Gustavo Saad Diniz, Heloisa Estellita Salomão, Henrique Barbacena Neto, Heráclito A. Mossin,  
José Carlos Barbosa Moreira, José Guido de Andrade, José Renato Nalini, José Roberto Marques, Juliana Velho Costa,  
Kênia Dorneles, Liza Bastos Duarte, Lúcio Ronaldo Pereira Ribeiro, Luiz Carlos Bento, Luiz Flávio Borges D'Urso,  
Maria Cristina Cardoso Moreira de Oliveira, Marina da Silva Siqueira, Marcelo Ferreira da Rosa Sobreira,  
Marco Aurélio Mendes de Farias Mello, Marina da Silva Siqueira, Miguel Batista de Siqueira, Miguel Batista de Siqueira Filho,  
Milton Luiz Pereira, Mirthes de Almeida Guerra Marques, Mozart Brum Silva, Nilma Maria Naves Dias do Carmo, Paulo Queiroz,  
Paulo Henrique Moura Leite, Paulo Sérgio de Prata Resende, Reinaldo Edreira Martins, Rômulo de Andrade Moreira,  
Ronaldo Batista Pinto, Ruy Rosado de Aguiar Júnior, Sálvio de Figueiredo Teixeira, Samantha Meyer-Pflug,  
Sarah Siqueira de Miranda, Saulo Brum Leal, Sebastião Sérgio da Silveira, Sérgio Demoro Hamilton, Sidney Sanches,  
Umberto Luiz Borges D'Urso, Vicente Carlos Lúcio

P  
R Sint Dir P  
v. 2 / n. 7 / 2001



# CRIME COMISSIVO POR OMISSÃO

Luiz Vicente Cernicchiaro

---

**“Os crimes próprios e de mão própria são compatíveis com a participação. No exemplo do crime comissivo por omissão (necessária a prática da ação típica pelo garantidor), admissível terceiro instigar...”**

---

Os crimes, de modo geral, são praticados porque o agente, com sua ação, investe, desconsidera, despreza o bem juridicamente tutelado. O homicídio e o furto são ilustração, provocando a morte de uma pessoa, ou o dano patrimonial à vítima.

O Estado, entretanto, policia também a abstenção face ao dever jurídico. É o que se denomina “omissão”. A pessoa obrigada a agir deixa de fazê-lo, ou, então, não impede, como seria de sua obrigação, que o fato aconteça.

A reforma penal de 1984, com precisão técnica, no art. 13, § 2º, do Código, enuncia que a omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. A seguir, relacionou quando ocorre esse dever.

De modo geral, porque a teoria do crime assentou-se na teoria da ação; a teoria da omissão, até hoje, não recebeu o mesmo trato.

A omissão, sem dúvida, é manifestação de vontade. O omitente poderia comportar-se de modo diverso; preferiu, entretanto, abster-se de cumprir a obrigação jurídica.

Em se tomando o resultado do crime, no sentido material (ofensa, ou perigo de dano ao bem tutelado), pouco importa, para fim de preservação, conduta positiva, ou abstenção de agir. Como repete a doutrina, a lei penal, tantas vezes, atribui a alguém a obrigação de evitar o resultado, o que se generalizou com o *nomem iuris* “garantidor” (de uma situação jurídica) ou “garante”, palavra que vem ganhando aceitação, por influência dos autores de fala espanhola.

Quando o agente transgredir o dever de agir, dando ensejo, então, à produção de resultado proibido, subsume-se à hipótese normativa da omissão. Cumpre, no entanto, considerar que o evento típico decorre da omissão mesma, sendo irrelevante a modificação da realidade fática, ou, ao contrário, projeta no mundo físico, caracterizando, então, resultado típico. Essa duplicidade acarreta a classificação de: a) crime comissivo (próprio) e, b) crime comissivo (impróprio).

Essa duplicidade acarreta conseqüências diversas.

Evidente, se o primeiro se dá com a abstenção, o não-fazer, não cumprir o dever jurídico, a consumação é contemporânea à omissão. Inadmitte, por isso, fracionamento do *iter criminis*, pressuposto da tentativa. A abstenção, por isso, foi relevante, ou não para alcançar o resultado. No primeiro caso ter-se-á crime consumado. Não há espaço normativo para a tentativa. No segundo, as conseqüências jurídicas são outras.

Para facilitar, compreender a extensão do crime comissivo por omissão, útil registrar: não é delito comissivo; ao contrário, porque o agente (tendo obrigação de evitar o resultado) deixou de fazê-lo. Caso, sempre lembrado: a mãe do recém-nascido, a quem o Direito impõe obrigação de cuidado e vigilância, abstém-se dessa obrigação e acaba não impedindo o resultado morte.

Esse quadro deixa patente dois aspectos: a) obrigação de a mãe cuidar do filho; b) o resultado aconteceu porque a progenitora não conferiu a atenção imposta.

À mãe, assim, foi determinada a obrigação de garantir a integridade física do filho a fim de que este, por suas características físicas e mentais, não sofra lesão corporal, ou a morte. A ela, o Direito impôs um dever jurídico (nos termos do CP, acrescento, para o mesmo efeito, a quem, de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado; ou, com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado).

Todos os requisitos jurídico-penais fazem-se presentes: ilicitude, culpabilidade, punibilidade.

Importante e polêmico aspecto é quanto à participação nos crimes comissivos por omissão.

A conduta típica, sem dúvida, é personalíssima. Pressupõe, como registrado, dever jurídico imposto a alguém. Certo, a mãe que não oferece o mínimo de alimentação ao filho, vindo este, por isso, a falecer, pratica o crime de homicídio. Pessoa sem tal obrigação, quando muito, incide nas penas do crime de omissão de socorro.

Há, entretanto, uma terceira hipótese: pessoa estranha à referida obrigação de cuidado e atenção (não é, para isso, *garantidora*) sugere, insiste, influencia o *garante* a não cumprir a obrigação jurídica. Não estará, a teor do disposto no art. 29 do CP, “de qualquer modo”, concorrendo para o crime?

Cumpra distinguir as várias manifestações do concurso de agentes. Interessa a participação: ganha relevância quando alguém, de qualquer modo, contribui para que outrem realize a conduta típica, ou seja, a execução.

Os crimes próprios e de mão própria são compatíveis com a participação. No exemplo do crime comissivo por omissão (necessária a prática da ação típica pelo garantidor), admissível terceiro instigar, na ilustração acima, a mãe não cumprir o dever legal de progenitora.

*Luiz Vicente  
Pernicchiaro*

*Ministro do STJ  
aposentado, Professor  
Titular da Universidade  
de Brasília.*